

## Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Intervencion Quirurgica Negligencia De La Cirujana Responsabilidad Del Estado

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Intervención quirúrgica.

Negligencia de la cirujana. Responsabilidad del Estado

Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis, pues

surge acreditado que la galena interviniente en la intervención quirúrgica practicada a la actora extirpó tejido de más y cortó un nervio lindante, lo que supone una grave falta de atención -negligencia- o una no menos grave falta de conocimientos -impericia-.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 31 días del mes de marzo de dos mil quince, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en los recursos de apelación interpuestos a fs. 748, 752 y 756 contra la sentencia dictada a fs. 732/747 en los autos "B. M. A. c/ HOSPITAL DE AGUDOS PENNA y OTROS s/RESPONSABILIDAD MÉDICA? EXP 33315/0. Una vez practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Hugo R. Zuleta, Dra. Gabriela Seijas y Dr. Esteban Centanaro. Se resuelve plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? A la cuestión planteada, el Dr. Hugo R. Zuleta dijo: I. - A fs. 3/4 se presentó M. A. B. y promovió, al sólo efecto de interrumpir el plazo de prescripción, demanda de daños y perjuicios contra la Dra. Marta Renoulin, el Hospital General de Agudos J. A. Penna? y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. A fs. 45/58 amplió su demanda. Relató que el 15 de febrero de 2007 fue sometida a una tiroidectomía total. La intervención se llevó a cabo en el Hospital General de Agudos J. A. Penna y estuvo a cargo del equipo dirigido por la Dra. Renoulin. Explicó que su salud se fue deteriorando con posterioridad a la operación, que su estado era de suma debilidad, con sensación de ahogo y carencia de respuesta a estímulos sensoriales. Señaló que luego del alta médica, sus niveles de calcio eran tan bajos que la volvieron a ingresar y que en aquella oportunidad le administraron el mineral por vía endovenosa. Detalló que padece de: ?Corte de nervio recurrente, parálisis permanente de la cuerda vocal izquierda, que con el tiempo queda en aducción? y que se le "extirparon las paratiroides, que son pequeñas glándulas endocrinas situadas en inmediación de las tiroides que intervienen en la transferencia de calcio lábil de los huesos a la sangre" (fs. 3 vta). Alegó que, como consecuencia de ello, sufre trastornos deglutorios, alimentarios, respiratorios, de la voz, endocrinológicos, cardíacos, neurológicos, de mineralización ósea, permeabilidad de las células y coagulación. Reclamo la suma de \$720.000, o lo que en más o menos resultara de la prueba a producirse, por los daños sufridos, con más sus intereses y costas. II. - A fs. 118/119 se presentó el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto del co-demandado Hospital Penna, la cual fue admitida a fs. 156. III. - A fs. 121/151 se presentó la Dra. Marta Verónica Renoulin y contestó demanda. Reconoció que había atendido a la actora y que le había practicado una intervención quirúrgica. Negó, en cambio, que su actuar hubiera sido incorrecto. Aclaró que toda operación conlleva un riesgo quirúrgico. En este orden, explicó que ?el hematoma sofocante, la foniasia y/o disfonía por esqueletización o sección del nervio recurrente y la hipocalcemia transitoria y/o definitiva, por exéresis inadvertida o desvascularización de las glándulas paratiroides en el acto quirúrgico, durante las maniobras tendientes a disecarlas y preservarlas" eran riesgos inherentes a la cirugía tiroidea. Agregó que la actora había sido debidamente informada de estos peligros. Aseveró que, si bien en el intraoperatorio se habían adoptado los recaudos en pos de la preservación de los nervios recurrentes y de las glándulas paratiroides, ?el cirujano que opera el cuello, manifiesta sus destrezas quirúrgicas en una zona perimetralmente exigua, con poco margen para grandes maniobras quirúrgicas instrumentales, donde el tejido inflamatorio del órgano cervical a reseca le impide, por el proceso mismo, tener una acertada visión anatómica. Entonces, la sumatoria de región anatómica acotada más tejido inflamatorio que distorsiona dicha anatomía, donde se deben tratar elementos infinitamente pequeños, como son los nervios o el caso de las glándulas paratiroides, el cirujano pone de sí el máximo de sus conocimientos u destrezas, aunque - por lo anteriormente descripto-, [esto] no impide la aparición de complicaciones" (fs. 131 vta.). En síntesis, sostuvo que lo traído a conocimiento en la causa obedecía a una complicación inherente al procedimiento y no a un error de la técnica quirúrgica, (fs. 132) Alegó, además, que la accionante abandonó el tratamiento, interrumpiendo de esa forma el nexo causal para atribuirle responsabilidad. Sostuvo, en este sentido, que la actora no había realizado el control postoperatorio por consultorios externos de cabeza y cuello, tal como le había sido indicado, y que, luego de la externación, no se volvió a presentar en el hospital. En subsidio, atacó los rubros indemnizatorios y montos solicitados por la actora. Por último, denunció la existencia de una póliza de seguros y solicitó se citara en garantía a ?Seguros Médicos S.A?. IV. - A fs. 212/217 se presentó Seguros Médicos S.A., quien aceptó la citación en garantía como aseguradora de la codemandada Marta Verónica Renoulin pero aclaró que su responsabilidad se encontraba limitada, de acuerdo con la póliza que acompañó, a la suma de ciento cincuenta mil pesos (SI50.000) por evento. Adhirió

a la contestación y a las pruebas ofrecidas por su asegurada. V. - A fs. 225/243 contestó demanda el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Expresó las negativas de rigor y alegó, al igual que la profesional codemandada, que el abandono de tratamiento eximía al profesional interviniente y al Gobierno de la Ciudad de responsabilidad. En subsidio, atacó los rubros indemnizatorios y los montos solicitados en la demanda. VI. - A fs. 732/747 la Jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la Dra. Renoulin, la compañía de seguros citada en garantía y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Para así decidir, hizo especial hincapié en el informe producido por el profesional del Servicio Médico Forense, quien aseveró que, si bien en el parte quirúrgico se asentó que se habían preservado las glándulas paratiroides y el nervio recurrente, estaba acreditado -por lo exámenes y estudios médicos post cirugía- la extirpación de las glándulas y la lesión del nervio referido, con las secuelas sobrevenientes en la salud de la paciente. Además, detalló que existía relación de causalidad entre la resección de las glándulas y el hipoparatiroidismo; la cirugía radical de tiroides y la parálisis de la cuerda vocal izquierda; la lesión del nervio recurrente con la disfonía postquirúrgica, la disfagia de líquidos, disfagia, síndrome obstructivo laríngeo y, en forma probable, con la alteración en la fase involuntaria de la deglución. Asimismo tuvo en cuenta lo sostenido por el forense, en el sentido de que no era habitual que un cirujano extirpara las cuatro glándulas paratiroides y lesionara el nervio laríngeo recurrente izquierdo sin advertirlo y que, si bien no existían datos de que la cirujana hubiera omitido los recaudos necesarios que la técnica quirúrgica indicara para el acto quirúrgico encarado, estas consecuencias eran excepcionales. Mencionó, además, una serie de técnicas de protocolo y habituales tendientes a prevenir, mitigar o evitar las complicaciones descriptas, cuya realización o cumplimiento no surgía en la documentación médica acompañada. Por último, tomó como suya la consideración final del perito, en cuanto sostuvo que "en base a un criterio médico científico y médico legal, la práctica médica en cuestión y sus resultados finales, se corresponden a un accionar médico <no ajustado> a la lex artis" (fs. 744). En consecuencia, estableció la responsabilidad de los demandados y los condenó a pagar la suma de \$288.000, distribuidos de la siguiente manera: \$150.000 en concepto de daño físico (correspondiente a un 59% de incapacidad); \$20.000 en concepto de daño psicológico (correspondiente a un 10% de incapacidad); \$8.000 en concepto de tratamiento psicoterapéutico necesario; \$100.000 en concepto de daño moral, y \$10.000 en concepto de gastos. Impuso las costas del proceso a los demandados. VII.- Contra la mentada sentencia se interpusieron los siguientes recursos: \* Apelación de la parte actora (interpuesto a fs. 748 y fundado 767/765). Su agravio gira en torno a los montos otorgados en concepto de daño físico, psicológico y moral por considerarlos exigüos. \* Apelación del codemandado Gobierno de la Ciudad (interpuesto a fs. 752 y fundado 806/815). Sus agravios giran en torno a: 1.- La atribución de responsabilidad: Manifiesta que su parte "¿nunca neg[ó] la relación causal entre la cirugía a la que fue sometida la actora con la secuela sufrida?" (fs. 811). No obstante, alega que no existió culpa, dado que se adoptaron los recaudos tendientes a evitar o mitigar el riesgo de complicaciones. Arguye haber acreditado tales extremos y se agravia de la valoración de la prueba realizada por la sentenciante de primer grado. 2. - Los montos otorgados en cada uno de los rubros indemnizatorios, por considerarlos elevados. 3. - La fecha a partir de la cual deben computarse intereses sobre el monto reconocido en concepto de tratamiento psicológico. Manifiesta que este rubro refleja un gasto futuro y, por ende, los intereses sólo deben correr desde la fecha de la sentencia. \* Apelación de la codemandada, Sra. Renoulin (interpuesto a fs. 756 y fundado a fs. 781/804), Cuestiona: 1.- El factor de atribución en base al cual se la condena. Entiende que se la condenó en base a un criterio de responsabilidad objetiva, lo cual es inaceptable. Sostiene que la jueza de grado presumió su culpa a partir del resultado (identificó daño con culpabilidad). 2.- Valoración de las pruebas. Sostiene que la sentencia exhibe una ciega aceptación de las conclusiones -no vinculantes- del perito y una absoluta prescindencia de las críticas dirigidas en su contra. Manifiesta que no está probado el nexo de causalidad entre su actuar y los daños sufridos por la actora. En su defecto, alega que se encuentra probada su falta de culpa. 3. - Apartamiento de las reglas de la sana crítica. 4. - La imposición de costas. Considera que, aún en el caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, toda vez que la demanda no prosperó por los montos solicitados las costas deberían imponerse por su orden. 5. - Los montos reconocidos en la sentencia de primer grado. 6. - La fecha a partir de la cual deben correr los intereses. Sostiene que, atento la relación de carácter contractual existente entre médico y su paciente, los intereses deben correr desde el momento en el que se la puso en mora, es decir desde que se la notificó de la demanda. \* Apelación del citado en garantía (interpuesto a fs. 757 y fundado -adhiriendo a los agravios de su asegurada- a fs. 780) VIII.- Como punto de partida, debo señalar que los tres primeros agravios del recurso de apelación interpuesto por la Dra. Renoulin no contienen una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que se entienden equivocadas. En primer lugar, yerra al entender que se la condenó en base a un factor de atribución objetivo. Nótese que la sentenciante manifestó que "no se agotaron los recursos y técnicas posibles para prevenir o mitigar las secuelas en las circunstancias del caso y, a tenor del informe médico forense, se incurrió en una <mala praxis médica> en la tiroidectomía total practicada a la actora el día 15/02/2007" (fs. 744); en otras palabras, juzgó el actuar de la profesional como negligente. Fue en base a ello, y no a un factor de atribución objetivo, que condenó a la cirujana interviniente. Con relación a los reproches realizados en torno a la valoración de la prueba y el seguimiento de las reglas de la

sana crítica -agravios 2 y 3-, la apelante se limita a calificar el actuar de la sentenciante como incorrecto, mas no aporta dato alguno que refute sus conclusiones. Nótese que los puntos en los que se desarrollan los agravios referidos (2.2.2 y 2.2.3) insumen más de veinte páginas de la expresión de agravios, en las cuales no se hace una referencia concreta a prueba alguna que haya sido relegada. Así, crítica que la sentencia se basa únicamente en las conclusiones del médico forense, a la vez que sostiene que se ignoraron otros medios probatorios, pero no los identifica. Señala - someramente- que no se tuvo en cuenta que el estado de salud de la actora previo a la cirugía era ?malo?, mas no explica cómo ello la libera de culpa. Considera que no se acreditó el nexo causal -expresamente reconocido por el otro demandado-, pero ni siquiera intenta brindar alguna explicación alternativa de por qué, una vez extirpadas las glándulas y dañados nervios que cumplen determinadas funciones, esas funciones se vieron perjudicadas. Luego, en forma totalmente abstracta, sostiene que la sentenciante violó las reglas de la sana crítica. Vale mencionar que ?el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los considerandos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones, conjeturas u omisiones sobre las distintas cuestiones resueltas [...] La parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, como sanción al recurrente, quedará consentida, pues reiteramos, la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la Cámara...? (conf. FENOCHIETTO, CARLOS E.. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, To. IL Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 98/99). En idéntico sentido, Fassi ha sostenido que la mentada "expresión" debe contener un análisis razonado de dicha sentencia y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea (conf. FASSI, SANTIAGO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, To. I, Astrea, Buenos Aires, 1971, p. 473). Palacio, por su parte, manifiesta que todo recurso se halla supeditado a los requisitos de admisibilidad y fundabilidad. En tal orden, es admisible cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente. Es fundado cuando en razón de su contenido substancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que reforme, modifique, amplíe o anule la resolución impugnada (conf. PALACIO, LINO E., Derecho Procesal Civil, To. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 42, núm. 526). Agrega este último autor que la expresión de agravios es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de normas jurídicas. Se trata, por lo tanto, de una alegación crítica e indirecta. No constituyen expresiones de agravios idóneas las afirmaciones genéricas sobre la prueba que omiten precisar el yerro o desacierto en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella; la discrepancia con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas a un distinto punto de vista; la mera disconformidad con la sentencia por considerarla equivocada o injusta o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones de la sentencia apelada, ni la remisión a presentaciones anteriores pretendiendo dar por reproducidos ciertos argumentos ( PALACIO, LINO E? ob. cit., p. 266/267). A la luz de los requisitos reseñados, estimo que los agravios de la demandada, en punto a la valoración de la prueba y atribución de responsabilidad realizadas en primera instancia, no cuentan con la clase de argumentación jurídica que exige el artículo 236 del código procesal, debiendo, por lo tanto, declararse desierto el recurso de apelación presentado -en cuanto a los puntos señalados-. IX. - Sentado lo anterior, corresponde ingresar en el tratamiento del resto de los agravios esgrimidos por las partes. A fines expositivos, los dividiré en tres grupos relativos a: 1) la atribución de responsabilidad; 2) los montos de indemnización otorgados y, 3) intereses y costas del proceso. X. - La actora procura un resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia del incorrecto actuar profesional -mala praxis- que atribuye a la Dra Renoulin con relación a la intervención quirúrgica que le realizó el 15 de febrero de 2007. Se encuentra consentido que, a diferencia de lo asentado por la profesional en el parte de cirugía, se extirparon las glándulas paratiroides y se lesionó el nervio recurrente. También el nexo causal existente entre los hechos señalados y los daños físicos denunciados por la actora. La controversia gira en torno a la culpa -o su ausencia- de la profesional. En síntesis, corresponde determinar si el daño fue producto de un actuar negligente. El Gobierno de la Ciudad entiende que ?[n]o existe a lo largo del todo el expediente ninguna conducta médica que sea atribuida a título de culpa [y que] [n]o puede admitirse en un proceso de responsabilidad que se juzgue como mala praxis una conducta que no está descripta? (fs. 807). Entiendo, a diferencia de lo sostenido por el codemandado, que en la demanda, al igual que en la sentencia, están claramente descriptas las conductas calificadas como negligentes, es decir, la resección de las glándulas paratiroides y el corte del nervio recurrente. Ahora bien, resta analizar si está probada la culpa del profesional. Debe concederse que, efectivamente, los daños provocados están admitidos como riesgos inherentes a la operación realizada. Así lo manifiesta el perito, en concordancia con las estadísticas por él señaladas (fs. 520/21). No obstante, el hecho de que estas complicaciones no sean evitables en el 100% de los casos -es decir, que algunas veces no se puedan evitar-, no implica que todas las veces que se produzcan hayan sido inevitables -es decir, que esta vez sea una de esas veces en las que no se pudo evitar-. Sostener lo contrario equivaldría a otorgar una ?carta blanca? a los profesionales, pues, en forma independiente a la corrección de su actuar, no

responderían por ninguna consecuencia que se considerara riesgo inherente a la operación. Un riesgo es algo que puede ocurrir o no, y es responsabilidad del profesional extremar los recaudos para evitar que ocurra. Chocar con otro vehículo en un riesgo inherente al acto de conducir un automóvil, pero de ahí no se sigue que el conductor que efectivamente participa en un choque esté siempre exento de responsabilidad. Por ello, es claro que el sólo hecho de que la conducta esté descripta como un riesgo inherente a la intervención no libera per se, de responsabilidad al profesional. Llegados a este punto, corresponde determinar si es posible, en el caso, calificar como ?evitables? o como ?no evitables? a los daños provocados. Dado lo manifestado por el recurrente en torno a la falta del traslado del informe médico producido en virtud de la medida dictada para mejor proveer (a fs. 806 vta.) y pese a que el acto que tuvo presente el informe no fue recurrido en la instancia anterior, así como tampoco se solicitó su nulidad en esta instancia, a fin de salvaguardar una de las máximas garantías del proceso, no tomaré en cuenta lo informado por el profesional forense en aquella oportunidad. Surge de los informes restantes que, a fin de minimizar el riesgo de provocar los daños señalados, entre otras, corresponde: 1- ubicar correctamente los tejidos - glándulas y nervios- previo a la incisión (fs. 529) -Ello resulta obvio. En efecto, no resultan necesarios conocimientos médicos para entender que, a fin de no dañar un determinado tejido cercano a una incisión se debe estar plenamente consciente de su ubicación exacta- y; 2) controlar la ausencia de daño con posterioridad a la extirpación de las tiroides. Nótese que el perito informa que ?si las glándulas son desvascularizadas tomarán un color negruzco, en este momento deben ser extirpadas, preparadas y transplantadas en uno de los músculos del cuello? (fs. 521), lo cual denota que, aun provocado un daño, si se advierte en forma inmediata, puede ser revertido. Ahora bien, la cirujana asentó que no se dañaron las glándulas paratiroideas y el nervio recurrente, es decir, que fueron ?preservados?. Esto, claramente, es falso. Está demostrado que se extirparon las primeras y que se cortó el segundo. Si descartamos como hipótesis la idea de que la médica notó el daño y faltó conscientemente a la verdad al momento de asentar el resultado (lo cual sería un muy fuerte indicio de su culpa), sólo nos queda afirmar que la codemandada no se dio cuenta de que extirpó tejido de más y cortó un nervio lindante, lo que supone una grave falta de atención-negligencia- o una no menos grave falta de conocimientos -impericia-. Una u otra postura desembocan en la existencia de culpa. Por las razones expuestas, entiendo que los agravios relativos a la ausencia de responsabilidad de la cirujana y, por ende, del Gobierno de la Ciudad, deben ser rechazados. X.- Corresponde, sentado el actuar negligente de la Dra. Renoulin, determinar sus consecuencias. Conforme lo establece el Código Civil en su artículo 1109, ?[t]odo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio?. La obligación del Gobierno local, en tanto, se desprende lo dispuesto en los artículos 1112 y 1113 del citado plexo normativo que, respectivamente, rezan: \* ?Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título?. \* ?La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado?. XI. - Despejada la obligación de resarcir, sólo resta analizar la indemnización que corresponde acordar al demandante, ya que los montos otorgados en la anterior instancia están apelados por todas las partes, ya sea por altos o exiguos. a.- Daño Físico -Incapacidad física sobreviniente: La magistrada de primera instancia, luego de considerar que la actora padece -a raíz del hecho dañoso- una incapacidad total y permanente del 59%, fijó la suma de \$150.000 como indemnización por este concepto.. Se agravan de este monto la totalidad de las partes: 1.- La actora lo considera exiguo, dada la magnitud de los daños físicos provocados -alteraciones en el proceso de deglución y de absorción de alimentos, descalcificación crónica y progresiva (que a la vez la obliga a consumir suplementos que provocan dolor abdominal, constipación, náuseas y vómitos pudiendo ser determinante de una gastropatía erosiva), hormigueos, opresión precordial, oleadas de calor y poluria, cambios en el sistema nervioso (mayor excitabilidad neuromuscular, arritmias, etc), parálisis de la cuerda vocal izquierda (lo que a su vez provoca disfonía y disnea de esfuerzo, insuficiencia respiratoria crónica); 2.- El Gobierno ataca la falta de fundamentación del tópico recurrido. Señala que la sentenciante no hizo consideración alguna respecto de las características personales de la actora y sólo se limitó a enumerar los daños provocados y, por ultimo, 3.- La Dra. Renoulin insiste con el -ya zanjado- argumento de ausencia de responsabilidad. La incapacidad es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños, t. 2, ?Daños a las Personas?, Ed. Hammurabi, 1196, 2a edición ampliada, 3a reimpresión, p. 343). Por tal motivo, la indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades, no solamente en lo laboral o productivo, sino también en lo social, cultural, deportivo y aún en lo individual (CNCiv., Sala C, in re ?Domínguez, Gabriel A. c/ Cassini, Ricardo M.?. 10/2/1994). La actora tenía, al momento de la operación, 43 años. Era fumadora, hipertensa desde los 37 años, y se le había practicado una histerectomía a los 42. Asimismo, padecía de un adenoma folicular de tiroides en ausencia de signos de atipia celular o malignidad que motivó la intervención en

estudio (fs. 515/516). Ahora bien, el perito estipuló en un 59% el porcentaje de incapacidad de la actora en relación causal con el hecho dañoso estudiado. La discapacidad total está formada por la suma los porcentajes correspondientes a: hipoparatiroidismo, lesión del nervio recurrente, disfagia y estética, con consecuencias tales como, problemas deglutorios, fonéticos, gástricos, respiratorios, etc. Considero que la lesión estética no debería computarse, puesto que habría existido aun no mediando mala praxis. La operación se habría llevado a cabo igual, sólo que no habría tenido los efectos negativos que se señalaron. No obstante, la incidencia que este concepto pudo tener en el monto final otorgado es compensada por otra circunstancia, a mi entender, no tenida en cuenta, como es el hecho de que el tratamiento de la hipocalcemia puede generar problemas serios y crónicos en otros órganos. Así, el perito señala que "[e]l tratamiento médico en el hipoparatiroidismo definitivo apunta a la suplementación de calcio y vitamina D [...] es un tratamiento de por vida costoso y a veces de difícil manejo, requiriendo incluso hospitalizaciones con administración endovenosa de calcio. Si bien un gran número de pacientes logra niveles plasmáticos de calcio adecuados y evita la sintomatología, no logran evitar la hipercalcemia y subsecuente nefrocalcinosis, que puede llevar finalmente a la insuficiencia renal" (fs. 641/642). Además, consta que la actora padecía, ya al momento de la pericia, síntomas de intolerancia al tratamiento; léase, dolor abdominal, constipación, flatulencia, náuseas y vómitos, los cuales pueden ser determinante de una gastropatía erosiva (fs. 525). Por lo expuesto, atento el porcentaje de discapacidad estimado por el perito, la afectación de diversas funciones vitales y los trastornos que provoca el tratamiento necesario para compensar las funciones de las glándulas incorrectamente extirpadas, considero adecuada la suma estipulada en concepto de indemnización por la magistrada de grado.

b.- Gastos farmacéuticos, de atención médica y de traslado: La sentencia recurrida fijó la suma de \$10000 como indemnización por este concepto. Los demandados se agravan en razón de la falta de pruebas que respalden los gastos denunciados. La Dra. Renoulin advierte, además, que la actora es atendida en hospitales públicos, los cuales proveen servicios médicos y medicinas en forma gratuita. Al respecto es dable destacar que "[e]ste criterio amplio en tomo a la admisión de la indemnización por gastos médicos, farmacéuticos, traslado, etc., para cuyo acogimiento no se exigen los comprobantes respectivos, pues se presume su erogación en orden a la entidad de las lesiones inferidas a la víctima" (CNCiv., Sala A, noviembre 27-997-?P., .0. y otro c. Di Diego, Jorge r. y otro? - La Ley, 1998-B-878 ). Es por ello que, ante la falta de comprobantes, en atención a la entidad de las lesiones sufridas y la necesidad de someterse, de por vida, a un costoso tratamiento, considero prudente y equitativo confirmar la suma fijada en la anterior instancia.

c- Daño psicológico: La magistrada de primera instancia, luego de considerar que la actora padece -sólo a raíz del hecho dañoso- una incapacidad psicológica del 10%, fijó una indemnización de \$20.000. Además, toda vez que, conforme la pericia psicológica, la actora requiere tratamiento a fin de prevenir el agravamiento del cuadro- fijó una indemnización de \$8.000 en concepto de tratamiento psicoterapéutico. La actora apela el monto fijado por el primer concepto; la Dra. Renoulin, la procedencia de ambos.

Con relación a las impugnaciones realizadas por la codemandada Renoulin a este rubro, cabe aclarar que "[e]l daño psíquico tiene una entidad propia y autónoma, que no debe confundirse [ por ejemplo,] con los padecimientos morales, y se manifiesta con síntomas psicopatológicos evidenciables y objetivables, física y materialmente. El daño moral representa la afrenta espiritual que objetivamente se verifica en todo ser humano a partir de un hecho cuya entidad lesiva resulta social y culturalmente incontrovertida. En cambio, en el supuesto de daño psíquico se requiere demostración del desborde del plano simbólico por el padecimiento derivado de las consecuencias del accidente [...], que el afectado no puede superar ni asimilar sin asistencia profesional" (CNAT, Sala V, 28/03/06, ?Basualdo, Carlos c/Provincia ART SA y otro s/ accidente acción civil?). La codemandada sostiene, además, que o bien se debe indemnizar daño psíquico permanente o bien el tratamiento necesario a fin de superar la patología. El sostener el carácter excluyente de ambos conceptos resulta, a priori, correcto, ya que, si el daño es permanente, realizar un tratamiento resultaría estéril y, a la vez, si se recomienda un tratamiento a fin de superar un daño, no se puede catalogar a éste como permanente. Aquí, sin embargo, se da otro supuesto. La pericia es clara: la actora padece una incapacidad psicológica del 10% como producto de una depresión reactiva al evento de autos y, a la vez, requiere un tratamiento psicológico orientado a mejorar su calidad de vida y fortalecer sus aspectos libres de conflicto (adaptativos) para prevenir un agravamiento del cuadro reactivo (fs. 503). La finalidad del tratamiento no es curar, sino evitar que empeore su estado psíquico. Estos conceptos no se excluyen entre sí. La actora, por su parte, califica el monto de exiguo y solicita su aumento "[e]n atenerse estrictamente al porcentaje aludido por la perito psicóloga?", mas no da argumentos a fin de respaldar su petición. En mérito a lo expuesto, considero que deben ser con firmados los montos indemnizatorios fijados por los conceptos en estudio.

d- Daño moral La sentencia de primera instancia fijó como indemnización la suma de \$100.000 por este concepto, monto que ha sido cuestionado por ambas partes. Así, mientras la actora lo crítica por exiguo, los demandados consideran que no guarda relación con el daño que se le ha causado y constituye un enriquecimiento sin causa. Por su carácter subjetivo, es difícil determinar la dimensión económica como respuesta al daño moral. Su entidad se traduce en vivencias personales del afectado y en general no se exterioriza fácilmente. Para fijar su cuantía, el juzgador ha de sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima del actor, y que no ha experimentado por

sí mismo, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense el dolor y el trastorno espiritual sufrido; motivos éstos por los que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa (CNCiv., Sala 2ª, "Espinoza Jorge c/ Aerolíneas Argentinas", J.A., 1993-1-13, del 30-12-91). El principal criterio para evaluar la razonabilidad de la estimación es, entonces, la propia práctica judicial y, en el caso, no se advierte que el a quo se haya apartado sustancialmente de ella. Recordemos que, en el caso, las secuelas son permanentes, y sus recordatorios, diarios. Se revelan cuando habla, dado que la voz de la actora se modificó -padece disfonía- y tiene un discurso lento -como consecuencia de la falta de aire-, y cuando come, dado que padece una alteración en la fase involuntaria de la deglución. Además sufre de calambres, falta de aire, y debe someterse de por vida a un tratamiento que no tolera adecuadamente y le provoca malestares estomacales. Esto resulta suficiente para considerar acreditada la existencia de dolor y trastorno espiritual graves. Por lo tanto, atento a las dificultades que importa establecer una suma indemnizatoria en concepto de daño no patrimonial, así como que no hay apartamiento sustancial de la práctica judicial, ni se advierte una arbitrariedad manifiesta, cabe estar a lo establecido por el juez de primera instancia.

XII.- Con respecto a los agravios relativos a la tasa de interés aplicable y fecha de mora, toda vez que la magistrada siguió la doctrina plenaria establecida por esta Cámara de Apelaciones in re "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)" EXP 30370/0 (sentencia del 31 de mayo del 2013), se debe confirmar lo decidido.

XIII.- Por último, corresponde tratar el agravio relativo a la imposición de costas. Considero que este agravio no tiene sustento. En este sentido, caben las siguientes consideraciones. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión de la actora. Resolvió, en efecto, condenar a los demandados que la indemnicen por los daños y perjuicios que sufriera como consecuencia de la operación. Los demandados resultaron, pues, vencidos. Por lo tanto, en principio, corresponde imponerles las costas (cf. artículo 62 CCAyT). En este contexto, el argumento de la Dra. Renoulin podría entenderse en el sentido de que la diferencia entre el monto reclamado y el otorgado justifica que se la exima parcialmente de las costas en los términos del propio artículo 62. Esto, empero, no correspondería. La razón es que la pluspetición está explícitamente regulada en el artículo 66 CCAyT. Por lo tanto, su argumento debe ser evaluado en los términos de éste. El argumento sería, entonces, que la actora incurrió en pluspetición inexcusable y que, por ende, corresponde que las costas sean distribuidas prudencialmente por el tribunal en proporción al éxito obtenido (cf. artículos 65 y 66, CCAyT). El argumento, así entendido, debe rechazarse. La razón es que el artículo 66 expresamente establece que no existe pluspetición en los casos en que el valor de la condena depende del arbitrio judicial o de juicio pericial. Este es el caso de autos. En este sentido, deben observarse dos cosas. Primero, que se consideraron acreditados todos los daños alegados por la actora. Segundo, que, aunque se concedió un monto inferior al solicitado, el valor de la condena dependía o bien del arbitrio judicial o bien del juicio pericial. Por lo tanto, no puede considerarse que haya existido pluspetición inexcusable en los términos del artículo 66 CCAyT.

XIV.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se rechacen los recursos interpuestos y se confirme la sentencia en todo cuanto fue cuestionado. Asimismo, propongo que las costas de esta instancia sean distribuidas en el orden causado, por existir vencimiento mutuo (artículo 65 CCAyT).

A la cuestión planteada, la Dra. Gabriela Seijas dijo:

I. Los antecedentes de la causa han sido objeto de adecuada síntesis en los considerandos I a VII del voto del doctor Hugo R. Zuleta, a los que cabe remitir por razones de brevedad. Sin embargo, disiento con la solución propuesta.

II. Concuerdo en que la controversia de autos se circunscribe a si la doctora Marta V. Renoulin obró con culpa durante la intervención quirúrgica (tiroidectomía) realizada el 15 de febrero de 2007 a la señora M. A. B. y, en su caso, cuál sería el resarcimiento correspondiente, pues la actora no ha cuestionado en su presentación inicial el diagnóstico ni el tratamiento elegido. En tal sentido, si bien mencionó que no le habrían sido debidamente informados los riesgos del procedimiento, reconoció haber firmado el día anterior a la intervención el formulario de "Consentimiento - Asentimiento para Prácticas Diagnósticas y Terapéuticas - Médicas y/o Quirúrgicas" que luce agregado en la historia clínica (v. fs. 24 de la historia clínica 17538408) y centró sus argumentos únicamente en que, en modo alguno, consintió "conductas imperitas, negligentes o imprudentes ni la inobservancia de las obligaciones de cuidado debidas por la cirujano" (v. en particular fs. 50 vta.).

III. El planteo esgrimido por el GCBA sobre la falta de traslado a las partes de la ampliación del dictamen pericial médico y la consecuente vulneración de las garantías del debido proceso y defensa enjuicio carece de asidero. En efecto, el perito médico forense Omar A. Gabrielli presentó su último informe el 5 de junio de 2013 (v. fs. 727). El 10 de junio la doctora Lidia E. Lago tuvo presente el dictamen acompañado, reanudó el llamado de autos a sentencia realizado previamente y dispuso la notificación por Secretaría de lo decidido (v. fs. 728). Si bien no se acompañaron adjuntos, la cédula correspondiente fue diligenciada al GCBA el 13 de junio con la transcripción completa de la resolución antes mencionada (v. fs. 729/729 vta.). A partir de tal momento, la actora pudo conocer el acto que ahora cuestiona y atento que no petitionó su nulidad en forma oportuna debe considerárselo tácitamente consentido (cf. art. 153 del CCAyT).

Sentado lo expuesto, corresponde examinar el contenido de dicho informe. La juez de grado había requerido al experto que se expidiera sobre si, a la luz de las constancias médicas obrantes en autos y la declaración testimonial del ayudante de cirugía Lucas S. Travieso, podía considerarse que la práctica médica quirúrgica

fue ajustada a las circunstancias que el caso requería (v. fs. 720/720 vta.). El doctor Gabrielli estimó que "en base a la testimonial del Dr. Lucas Sebastián Travieso como del propio protocolo quirúrgico, si bien se describe una práctica quirúrgica paulada, el resultado concreto y definitivo fue que la adora presentó y presenta un cuadro clínico de hipoparatiroidismo permanente y parálisis de la cuerda vocal izquierda por lesión permanente del nervio laríngeo recurrente en el contexto de una tiroidectomía total Razón por la cual es de consideración final para este perito médico forense, en base a un criterio médico científico y médico legal, que la práctica médica en cuestión y sus resultados finales, se corresponden a un accionar médico no ajustado a la lex artis" (v. fs. 726/727). En otras palabras, el experto partió del resultado dañoso para concluir que la práctica fue realizada en un modo incompatible con la ley del arte. Tal tesisura es inconciliable con la sostenida en forma unánime por la doctrina y jurisprudencia nacionales -lo que me exime de mayores citas- en cuanto a que los médicos asumen una obligación central de medios en la que sólo comprometen la realización de un comportamiento diligente para alcanzar un resultado que no pueden garantizar en atención a su carácter aleatorio. Si bien en casos excepcionales, cuando media un resultado notoriamente desproporcionado en comparación con el riesgo normal involucrado en la actuación médica de la que se trate, según las particulares circunstancias del caso, podría tomarse en cuenta tal hecho como un indicio de la existencia de culpa, esa no es la situación que se configura en el caso. Al respecto, cabe recordar que lo sucedido en el caso importa la ocurrencia de riesgos inherentes al procedimiento, según la bibliografía especializada. Por consiguiente, toda vez que no necesariamente el resultado indeseado en la cirugía importa la existencia de mala praxis del médico es imperativo analizar si su obrar concreto se ajustó a la diligencia que el caso exigía. Los riesgos propios de la cirugía no impiden juzgar que la conducta del facultativo se haya apartado de la lex artis. Pero la claridad de esa afirmación no permite invertir la regla y fundar la mala praxis sólo en el resultado que, como se señaló, ha sido descrito por la bibliografía médica como el riesgo posible de este tipo de cirugías. Lo expuesto descalifica las conclusiones a las que arribó el perito médico forense en su último informe e impone juzgar la responsabilidad de la doctora Renoulin a la luz de las restantes constancias de la causa.

IV. En sus consideraciones médico legales, el perito médico Omar A. Gabrielli reseñó que en 2003 se diagnosticó a la actora "bocio multinodular de tiroides" y, ante su cuadro de hipotiroidismo, se le indicó un tratamiento sustitutivo hormonal con levotiroxina. A raíz de ello, le realizaron nuevas ecografías de tiroides y varias punciones aspiraciones con aguja fina (PAAF), cuyo diagnóstico histopatológico fue el de "adenoma folicular de tiroides en ausencia de signos de atipia celular o malignidad". Asimismo, destacó que no surgía de autos que se hubieran efectuado estudios de gammagrafía tiroidea en la actora (v. fs. 516). Señaló que inicialmente recibió atención en el Hospital Municipal de San Isidro, realizó una interconsulta en el Hospital Municipal de Oncología Marie Curie, y finalmente fue admitida en el Hospital General de Agudos José M. Penna, donde se realizó la intervención quirúrgica examinada en autos. Posteriormente, continuó recibiendo asistencia médica en el primer hospital y en el Hospital de Clínicas José de San Martín (v. fs. 517). Todos los centros mencionados son públicos y, con excepción del primero, se encuentran en esta Ciudad.

El parte quirúrgico de la tiroidectomía da cuenta de que la operación - programada y no de emergencia- se realizó el 15 de febrero de 2007 con diagnóstico preoperatorio de "neoplasia folicular" y diagnóstico postoperatorio de "adenoma folicular lóbulo izq. Bocio multinodular bilateral". En cuanto al acto operatorio, en primer lugar, la cirujana dejó constancia en el parte que realizó una "hemitiroidectomía según técnica, con preservación del nervio laríngeo recurrente y paratiroides superiores", en lo concerniente al lóbulo izquierdo. Luego, "se envía la pieza a congelación junto con formación compatible con ganglio recurrential, que es informado 'adenoma folicular' y 'nódulo tiroideo' respectivamente". Con posterioridad, al palpase a nivel del lóbulo derecho "dos formaciones nodulares superior e inferior", se decidió completar la tiroidectomía total, dejando constancia de que "se preserva[ba]n las dos glándulas paratiroides y el nervio recurrente". Tras el control de hemostasia, "se dejan dos drenajes, uno a cada lado. Cierre por planos" (v. fs. 26 de la copia certificada de la historia clínica 17538408). El experto describió la técnica quirúrgica que se emplea en una tiroidectomía y las formas de preservar las glándulas paratiroides y el nervio recurrente de la siguiente manera: "a) Incisión - cervicotomía transversa, b) Disección por línea media separando músculos y disección del ligamento medio (...) c) Apertura del espacio cricotiroideo, liberando diferentes ligamentos, d) Ligadura de venas tiroideas medias, e) Movilización del lóbulo, f) Disecar y descender el polo superior individualizando los vasos (...) en su punto de entrada de la glándula, para evitar lesionar el nervio laríngeo superior y las glándulas paratiroides, g) Con frecuencia es posible identificar la rama externa del nervio laríngeo superior, h) Identificación de las paratiroides superiores, que se separan del lóbulo cuidando de conservar su irrigación. Su presencia y localización son estables en más del 75% de los casos, i) Identificación y conservación de las paratiroides inferiores; esto se dificulta por la inestabilidad de su posición anatómica, j) Identificación del nervio laríngeo inferior, por disección en el surco traqueo esofágico, caudalmente al curso de la arteria tiroidea inferior (esta arteria, que irriga la paratiroides inferior, en el 80% de los casos también irriga la superior, por lo que no debe ligarse en su tronco sino en sus ramas, bien cerca de la glándula, preservando sus ramas paratiroides)" (v. fs. 529/530, punto 24). Al respecto, consideró que "de acuerdo a lo especificado (...) en el protocolo quirúrgico" no surgían datos que revelaran que la demandada hubiera omitido los recaudos necesarios que la técnica quirúrgica

indica (v. fs. 538, punto 11, y 543, punto 10). Lo que resulta concordante con el testimonio brindado por Lucas S. Travieso, primer ayudante en la cirugía (v. fs. 321, respuesta octava), quien -en cuanto a las medidas tomadas para preservar el nervio recurrente- agregó que "se realizó la identificación y se reparó (...) para evitar su lesión, según la técnica habitual mediante "dissección e identificación" (v. fs. 322, decimoquinta respuesta).

V. El perito médico reseñó que en el postoperatorio inmediato se registraron complicaciones inherentes a la tiroidectomía (hipocalcemia, parestesias, distonía, disfonía y dificultad respiratoria) y el 22 de febrero de 2007 -una semana después de la operación- el Servicio de Otorrinolaringología, tras la realización de una laringoscopia, informó que presentaba "parálisis de la cuerda vocal izquierda", a la par que indicaba la necesidad de foniatría (v. fs. 518). Asimismo, en cuanto interesa, el estudio anatomopatológico correspondiente al lóbulo izquierdo de la glándula tiroidea, suscripto por la doctora Cristina Etchart, refiere el diagnóstico diferido de un "cuadro histológico vinculable con hiperplasia folicular difusa". Asimismo, se detalla la "presencia de glándula paratiroides adherida" (v. fs. 66). El experto destacó la ausencia de documentación médica que describiera los hallazgos anatomopatológicos encontrados con respecto al lóbulo derecho de la glándula tiroidea (v. fs. 518). Por otra parte, también mencionó los resultados de tres estudios realizados durante 2009. Del examen fibroscópico de cuerdas vocales realizado el 14 de septiembre se desprende la persistencia de la parálisis de la cuerda vocal izquierda. A su vez, la gammagrafía de tiroidea del 6 de octubre demostraba la "ausencia total de tejido tiroideo y paratiroideo". Asimismo, una videoesofagogastroduodenoscopia del 9 de octubre indicaba la "presencia de una gastropatía erosiva y una cicatriz de úlcera yuxtapiórica" (v. fs. 519).

En este contexto, el perito médico indicó que existía una relación causal entre la tiroidectomía total y el hipotiroidismo que presenta la actora (v. fs. 523, puntos 2 y 3). Asimismo, declaró que dentro de la literatura médica está previsto como evitar la extirpación o desvascularización de las glándulas paratiroides en una tiroidectomía (v. fs. 525, punto 13). Por otro lado, señaló que -desde el punto de vista neurológico- la actora presenta una parálisis de la cuerda vocal izquierda "secundaria a una lesión del nervio recurrente izquierdo" (v. fs. 525, punto 12). Consideró que surge de autos la existencia de nexo de causalidad entre la cirugía de tiroidea y la mencionada parálisis (v. fs. 526, punto 17). Al respecto, agregó que la literatura médica contempla como preservar el nervio laríngeo recurrente en una tiroidectomía (v. fs. 525, punto 14). En sentido concordante, informó que las complicaciones presentadas por la actora en el período postoperatorio se encontraban descriptas por la bibliografía especializada (v. fs. 539, punto 14). Más allá de ello, lo que debe elucidarse es si aquéllas se produjeron a raíz del obrar culposo de la doctora Renoulin. Si bien la carga de la prueba residualmente sigue pesando sobre la parte actora, un examen de la generalidad de este tipo de procesos revela que el asunto de la carga de la prueba no tiene significativa importancia en la mayoría de los casos. Excepto que un médico (o establecimiento de salud) no propongan pruebas o las pierdan. Pero fuera de ello, lo real es que las dos partes aportan los elementos de convicción (documentación médica, peritaciones técnicas, algún testimonio significativo, etcétera). Y de ese cúmulo de pruebas, el juez extraerá, a la hora de dictar sentencia definitiva, si hubo culpa del médico, si no la hubo o si promedió una causa ajena no imputable (cf. Alberto J. Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, 3a edición, 1a reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 543 y 548).

VI. El doctor Gabrielli destacó que las cuatro glándulas paratiroides "muestran una estructura compacta, formada por dos tipos diferentes de células que las distinguen netamente del tejido vesiculoso tiroideo vecino" (v. fs. 530, punto 25). Por otro lado, también reconoció que "algunos procesos patológicos pueden dificultar el abordaje quirúrgico" (vgr. reoperaciones, tumores malignos, antecedentes de irradiación cervical, variaciones anatómicas, enfermedad de Graves) (v. fs. 538, punto 12) y que existía "distorsión anatómica (...) en presencia de significativos incrementos en el volumen de la glándula (bocio)" (v. fs. 538, punto 13). Si bien no surge de la historia clínica la existencia de procesos patológicos como los enumerados en primer término, sí se desprende que la actora tenía bocio. El experto ponderó la utilidad de la identificación del nervio laríngeo recurrente y de las glándulas paratiroides durante el acto quirúrgico a fin de "evitar o minimizar los riesgos posibles de complicaciones inherentes a este tipo de cirugía" (v. fs. 543, punto 11, y 544, punto 15) y concordó en calificar a tal conducta como "prudente" (v. fs. 544, puntos 12 y 16). Sin embargo, al analizar en concreto si durante la cirugía realizada por la doctora Renoulin fueron identificados el nervio laríngeo recurrente y las glándulas paratiroides, se limitó a transcribir las referencias obrantes en el protocolo quirúrgico sobre que habrían sido preservados (v. fs. 543, punto 11, y 544, punto 15). Esto es, que de aquél "no surgen constancias de sección nerviosa" ni "evidencias de extirpación" (v. fs. 544, puntos 14 y 18). El testigo Travieso coincidió con tal descripción (v. fs. 321, respuestas sexta y séptima, y 322, decimoquarta respuesta). Lo cierto es que, al contrario de lo que surge de dicho protocolo, no se logró tal preservación. Por una parte, el doctor Gabrielli señaló que del resultado de la biopsia firmada por la doctora Etchart se desprende que la presencia de glándula paratiroidea adherida al lóbulo izquierdo de la tiroidea implicaba que aquélla no fue preservada (v. fs. 595, punto 2). El centellograma de tiroidea del 6 de octubre de 2009 corrobora tal conclusión, pues la inexistencia de tejido paratiroideo implica la inexistencia de glándulas paratiroides (v. fs. 596, punto 3.a). En tal sentido, el experto concluyó que existía relación causal entre la intervención quirúrgica de extirpación de la glándula tiroidea realizada en el Hospital Penna y el bipoparatiroidismo que presenta la actora (v. fs. 523, punto 3, y 596, punto 3.b). Por tanto, estimó

que ¿de acuerdo a la evolución de la actora no se logró? la preservación a la que hacía referencia el parte quirúrgico (v. fs. 596, punto 6). Por otra parte, no surge de las constancias de la causa que la actora presentara alteraciones laríngeas previas a la intervención. En conexión con ello, el perito señaló que más allá de que ¿se recomienda y se ve como conveniente su realización como evaluación previa a la cirugía tiroidea? no se realizó una previa laringoscopia indirecta (v. fs. 599, puntos 18 y 19, v. también, fs. 322, decimosexta respuesta del testigo Travieso). Con posterioridad a la operación, el 22 de febrero de 2007 se realizó una laringoscopia de la que se desprende la existencia de parálisis de la cuerda vocal izquierda (v. fs. 518, y 9 de la copia certificada de la historia clínica 17538408), cuadro cuya persistencia consta en el examen fibroscópico del 14 de septiembre de 2009 (v. fs. 96 y 518/519). Cabe observar que se carece de constancias respecto a los hallazgos anatomopatológicos correspondientes al lóbulo derecho de la glándula tiroidea, lo que - a juicio del experto- ¿no es habitual? (v. fs. 596, punto 7) y ¿pone en evidencia una ruptura en algún punto de la cadena generada entre el quirófano y la llegada del material extirpado a la sección de anatomía patológica? (v. fs. 596/597, punto 8). Esto último, si bien evidencia un manejo poco diligente del nosocomio, es insuficiente para considerar comprometida la responsabilidad personal de la cirujana Renoulin. Sin perjuicio de ello, en el único aspecto que interesa a esta causa, también imposibilita tener por acreditada la preservación de las glándulas paratiroides correspondientes al lóbulo derecho de la glándula tiroidea en la forma que se desprende del parte quirúrgico.

VII. Si bien el experto puntualizó que tanto la parálisis recurrente postquirúrgica como la extirpación de las glándulas paratiroides "no necesariamente? implicaban negligencia o impericia del cirujano, puesto que están ¿dentro de las complicaciones de la cirugía de la tiroidea? (v. fs. 544, puntos 13 y 17), también aclaró que la extirpación de las cuatro glándulas paratiroides y la lesión permanente del nervio laríngeo recurrente, no advertida por un cirujano que tuviera conocimiento de ¿la anatomía quirúrgica, en un mismo acto quirúrgico y con relación a un mismo paciente, constituía ¿un hecho excepcional, de acuerdo a la bibliografía y a los avances tecnológicos en cirugía tiroidea? (v. fs. 599, punto 17, y 601, punto 29). Se ha señalado en la doctrina que la actividad profesional del cirujano presenta aspectos particulares cuando se trata de intervenciones quirúrgicas. En principio, el cirujano no es responsable si no incurre en algún grave error no tolerable o en alguna falta inexcusable en las personas que se dedican al mismo oficio (cf. Jorge Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, 9a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 525, n. 1404 y 1405). Por otra parte, la naturaleza de los bienes en juego y los riesgos consiguientes justifican un examen riguroso del error técnico. No obstante ello, la cirugía tiene complejidades que han hecho dudar a los jueces. Puede señalarse una tendencia respecto de las lesiones no intencionales de un órgano ubicado fuera del campo operatorio, en el sentido de que no son excusables. Sin embargo, una excepción a esta regla jurisprudencial puede ser la lesión de órganos que no constituyen el campo operatorio, pero que son muy similares, o muy cercanos, o de difícil identificación; sobre todo cuando hay cierto margen estadístico de errores similares en la profesión (cf. Ricardo L. Lorenzetti, Responsabilidad civil de los médicos, 1a edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, pp. 293/294). A la luz de la prueba producida, más allá de la ¿excepcionalidad? mencionada, no ha quedado descartado que las complicaciones pudieran ocurrir - ponderando las circunstancias concretas del caso- así como tampoco que pudieran resultar inadvertidas en el momento de la cirugía sin culpa de parte de la cirujana. Es decir, no se demostró que el resultado dañoso -a la luz de la experiencia ordinaria- sólo podría haber ocurrido por la inobservancia de la conducta debida de parte de la profesional.

VIII. El perito médico también fue consultado acerca de diversas técnicas que podrían haberse utilizado para evitar las complicaciones suscitadas. Con respecto a la identificación y preservación del nervio laríngeo recurrente, mencionó que la neumotorización del nervio mediante electrodos intramusculares situados en las cuerdas vocales mediante endoscopia o a través de la membrana cricotiroides o en la superficie del tubo endotraqueal, omitida en el caso a juzgar por lo que se desprende del parte quirúrgico, era una "técnica intraoperatoria útil? para minimizar el riesgo de lesión "pero actualmente no se considera como una indicación absoluta para este tipo de cirugía? (v. fs. 599/600, puntos 20 y 21). Similares expresiones realizó en tomo al uso de lupas frontales (v. fs. 600, punto 24). Por tanto, si bien se trata de maniobras que podrían estimarse útiles para prevenir el riesgo no lo eliminan en términos absolutos y en modo alguno puede considerarse que la ciencia médica -al momento de la cirugía- imponía su realización. Por ello, su omisión tampoco puede ser considerada una conducta negligente de parte de la doctora Renoulin. En lo concerniente a la resección inadvertida o inevitable de una glándula paratiroides, el experto estimó que era ¿correcta? su fragmentación para luego ser transplantada en el músculo esternocleidomastoideo o en un músculo del antebrazo y que la realización de dicho procedimiento no se encontraba descrita en el parte quirúrgico (v. fs. 600, puntos 25 y 26). En sentido concordante, respondió en forma afirmativa a que "al advertir el cirujano la extirpación? éste es el procedimiento aceptable (v. fs. 601, punto 31). Más allá de que el experto destacó que "la preservación anatómica de las paratiroides, es inherente al acto quirúrgico, concretamente es un tejido glandular de observación macroscópica" (v. fs. 643, punto 25), como se ha mencionado anteriormente, también señaló que resultaba "posible que los elementos nerviosos, tanto glandulares accesorios como las glándulas paratiroides, formen parte de un proceso distorsivo a expensas de una glándula tiroidea alterada que imposibilite su correcta identificación?. Acotando, asimismo, que tal distorsión se

manifiesta "muy especialmente?" en caso de bocio (v. fs. 538, punto 13). Éste era, precisamente el diagnóstico de la actora: "bocio multinodular,?" (v. consideraciones médico legales del perito médico a fs. 516 y parte quirúrgico a fs. 26 de la copia certificada de la historia clínica 17538408). En consecuencia, no es posible descartar que las deformaciones anatómicas existentes, según los antecedentes obrantes en autos, permitieran que tanto la lesión del nervio laríngeo recurrente como la extirpación de las paratiroides -dos complicaciones inherentes a la tiroidectomía, de acuerdo con la bibliografía médica- pasaran inadvertidas en forma inculpable durante la realización de la práctica quirúrgica, tal como surge del parte quirúrgico y del testimonio del ayudante Travieso. Por consiguiente, difícilmente se hubiera podido realizar el procedimiento de autotransplante antes mencionado. En efecto, es recién una vez finalizada la operación (durante el postoperatorio) que comienzan a advertirse síntomas de las complicaciones aludidas, cuya ocurrencia se vio confirmada por los análisis realizados con posterioridad (vgr. laringoscopia y centellograma de tiroides). El doctor Gabrielli indicó que la literatura médica sugería realizar la ligadura de la arteria tiroidea inferior en sus ramas y no en su tronco principal contiguo a la cápsula tiroidea, en atención a que el ochenta por ciento (80%) del aporte sanguíneo de las paratiroides depende de esta arteria y que no surgía del parte quirúrgico de qué modo fue realizada tal ligadura (v. fs. 601, puntos 27 y 28). El testimonio de Lucas S. Travieso, quien manifestó no recordar cómo se realizó dicha ligadura (v. fs. 322, vigésimo cuarta respuesta), por sí solo, es insuficiente para presumir su realización en forma distinta a lo indicado, esto es, la ausencia de prueba impide interpretar que aquélla fue realizada de manera incorrecta. Al margen de las técnicas analizadas precedentemente, no se han identificado en concreto cuáles serían "los recursos y técnicas posibles para prevenir o mitigar las secuelas en las circunstancias del caso?" (v. fs. 744/744 vta., considerando 7° in fine), cuya omisión habría implicado negligencia de la cirujana, de acuerdo al conocimiento del momento y estado de la cuestión en el ámbito científico en febrero de 2007. Al respecto, cabe recordar que el perito no ha podido aseverar que se hubiera incumplido la técnica quirúrgica que corresponde desplegar en una tiroidectomía. Es que el adecuado empleo de la técnica operatoria durante la práctica desarrollada no asegura indefectiblemente la indemnidad del paciente ante la ocurrencia de un alea que resulta imposible de dominar con los medios con que se cuenta. Siempre que se pondera el mérito del proceso en un caso de responsabilidad médica, para juzgar cómo se procedió es fundamental que el tribunal se coloque ex ante y no ex post facto. En general, no se trata de una reconstrucción mecánica de hechos objetivos como si se tratara de una colisión entre automotores, sino de evaluar un proceso continuado de toma de decisiones. Lo que debe considerarse no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y la hora en que el profesional debió tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuáles eran los elementos con que contaba o podía contar el médico, cuáles las opciones posibles. Salvo casos groseros, lo que debemos juzgar es si la acción que realizó, si la decisión que tomó, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que él vio, pudo, o debió percibir en tal momento (v. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "R, D., M. M. O. c/ Obra Social del Personal de la Sanidad y otros?", del 9/06/03, en La Ley, t. 2003-E, p. 430). Al respecto, se ha dicho que no cabe responsabilizar al médico que realizó el procedimiento cuando la técnica empleada fue correcta y la lesión constituye una complicación posible y aceptada, sin que se encuentre probado que medió mala praxis o negligencia alguna, inexperiencia o falta de cuidado de su parte (v. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, "Flores, Amalia Beatriz c/ Hospital de Gastroenterología Dr. Carlos Bonorino Udaondo y otros s/ daños y perjuicios?", del 17/04/12, en La Ley Online, AR/JUR/14032/2012). En resumen, si bien el parte quirúrgico ha quedado desvirtuado en cuanto afirma la preservación del nervio laríngeo recurrente y de las glándulas paratiroides por los resultados de los estudios realizados con posterioridad, lo cierto es que los términos empleados en él guardan coherencia con que la cirujana no advirtiera la presencia de tales complicaciones, lo que no basta para inferir un obrar culposo, pues su inadvertencia es precisamente uno de los riesgos inherentes a la práctica médica en cuestión. IX. Las anotaciones que efectúan los profesionales médicos en la historia clínica son de importancia fundamental y deben ser realizadas con rigor y precisión. Ellas facilitan un adecuado seguimiento de la evolución del paciente en un marco en el que actúan diversos facultativos. En tal sentido, un error u omisión en ella puede acarrear graves consecuencias. Si bien el parte quirúrgico no aporta gran detalle de las acciones concretas desarrolladas durante la cirugía, de los asientos previos de la historia clínica surge la existencia de nodulos tiroideos que modificaban el tamaño normal de la glándula tiroidea de la señora B. Al respecto, el perito médico oportunamente señaló que dicha circunstancia era susceptible de generar dificultades en las maniobras operatorias. Tampoco surge de la compulsa de los asientos pertenecientes al período comprendido entre la finalización de la cirugía y el otorgamiento del alta médica (28 de febrero de 2007) que la afirmación vertida en el parte quirúrgico sobre la preservación del nervio laríngeo recurrente y las glándulas paratiroides hubiera influido en forma negativa en el tratamiento dispensado a la actora. En ellos, por el contrario, se observa un tratamiento que permitió la detección de los diversos síntomas que se derivan de las complicaciones acontecidas y el suministro de la respuesta médica correspondiente a cada caso por parte de distintos profesionales dependientes del Hospital Penna (v. en particular fs. 7/12 y 27/49 de la copia certificada de la historia clínica 17538408). En suma, la gran circunspección con que se debe juzgar a los

profesionales de la medicina obliga a no condenarlos sino en casos de culpa evidente; evidencia que estará en relación directa con su gravedad (cf. Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 381; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, ?Salem, Isaac c. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía?, del 19/12/77, en La Ley, t. 1979- C, p. 20; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, ?Araujo, Julio P. c. Obra Social de Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros?, del 23/10/97, en La Ley, t. 1998-B, p. 226).

Por lo expuesto, estimo que la demanda debe ser rechazada en atención a que no se ha acreditado en forma fehaciente que la doctora Renoulin no actuara con la diligencia exigible en función de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (cf. art. 512 del Cód. Civil), de acuerdo a su nivel de especialización (cf. arts. 902 y 909 del mismo cuerpo legal). X. Tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (Fallos: 315:2397). La prueba producida en autos no permite afirmar la imprudencia, negligencia ni impericia profesional en el tratamiento dispensado a la señora B., ni tampoco la falta de información suficiente o consentimiento para llevar a cabo la cirugía. No hay pruebas en autos para considerar demostrado un caso de mala praxis, y los padecimientos de la actora pueden encuadrarse en el porcentaje que la bibliografía médica anticipa como de complicaciones de la cirugía de tiroides. Descartada la existencia de mala praxis de la doctora Marta V. Renoulin, tampoco resulta factible en los términos en que ha sido planteada la demanda responsabilizar al GCBA por los servicios prestados en el Hospital Penna. XI. Por consiguiente, estimo que corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos por las demandadas y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado. Con costas de ambas instancias a la actora vencida (cf. art. 62 del CCAyT). En este sentido dejo expresado mi voto. A la cuestión planteada, el Dr. Centanaro dijo: I. Adhiero al relato de los hechos efectuado por el Dr. Zuleta, así como también a la solución propiciada en los puntos VIII, X, XI, XII y XIII de su voto, con las siguientes consideraciones. II. Preliminarmente, es oportuno destacar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean ?conducentes? para la correcta composición del litigio (confr. artículo 310 del CCAyT y doctrina de Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230, entre otros). Junto con lo anterior, debe recordarse que todos aquellos puntos que no han sido objeto de agravio se encuentran firmes y por lo tanto no compete a este tribunal su revisión ni estudio. En efecto, no puede soslayarse que "... todos aquellos puntos o tópicos de la sentencia que no han sido motivo de cuestionamiento, deben considerarse consentidos y, como consecuencia del principio dispositivo, cobra plena virtualidad el brocardico tantum devolutum quantum appellatum (ínsito en los artículos 242y 247 del CCAyT), que demarca los límites de actuación de la alzada sobre la base de existir un elemento condicionante: el agravio? (sala II in re ?G.C.B.A. c/ González, Aurelio s/ ejecución fiscal? -Expte. N°: EJP 18.974, 27/3/01; ?G.C.B.A. c/ Titular Plan de Facilidades Solicitud 029607 s/ ejecución fiscal? -Expte N° EJP 99.324, 3/4/01; entre muchos otros). En este sentido vale mencionar que los codemandados -Dra. Renoulin, Seguros Médicos S.A. y GCBA- no han cuestionado el encuadre jurídico efectuado por la magistrada de grado -art. 1112 del Código Civil-, en tanto sus quejas se centran en demostrar que de las constancias de la causa no surge el actuar negligente o culpable de la profesional. En tales condiciones, y por fuera de mi opinión personal con relación al marco legal que regula la responsabilidad del estado, la mencionada cuestión no será tratada en esta instancia. III. Presente lo anterior, tal como pusiera de resalto mi distinguido colega en su voto, la controversia de autos gira en tomo a la culpa -o su ausencia- de la profesional, debiendo determinarse si el daño producido durante la tiroidectomía fue producto de un actuar negligente. En este punto, es útil recordar que, en los juicios de mala praxis médica la prueba debe versar sobre los actor u omisiones del médico que demuestren su negligencia, imprudencia o falta de pericia, mas no sólo en cuanto al resultado negativo del tratamiento, pues aún cuando dicho resultado no haya sido el esperado, no compromete por sí solo responsabilidad alguna si la conducta considerada reprochable no está acreditada suficientemente (conf. CCivCom. Lomas de Zamora, Sala I "López Rodríguez, Lelia J. y otra c/ Municipalidad de Esteban Echeverría?", sentencia del 18/09/2003, LLBA 2004; causa ?Burgio Ángel y otros c/ GCBA s/ Responsabilidad médica?, Expte. EXP 18204/0, sentencia del 26-09-2012, Sala II). Las críticas de los apelantes giran en derredor del análisis brindado por la jueza de grado con respecto a las pruebas rendidas. Ante ello estimo adecuado referirme a la prueba pericial efectuada por el cuerpo médico forense y a la historia clínica de la actora. Tal como sostuve al votar en la causa "Almaraz Sofía Del Valle c/ GCBA y OTROS s/ responsabilidad médica", Expte. EXP 23064, sentencia del 25-02-2014, Sala II, es dable señalar que la historia clínica es entendida como el documento en el cual se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente (conf. Lorenzetti, Ricardo, Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, r II, p. 243). Constituye el documento esencial e imprescindible del ejercicio médico y sanitario, puesto que -al recoger toda la práctica médica- es esencial para que el médico pueda prestar una asistencia de calidad y para que el paciente pueda recibirla (conf. Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 227). Este particular medio probatorio resulta de trascendental importancia, ya que

constituye un elemento fundamental, corroborante del actuar médico con su relación al paciente. Por ello, aun cuando pareciera darse cumplimiento con la obligación médica confeccionándola y asentando los datos esenciales en relación con el paciente (diagnóstico, tratamiento, etc.), resulta fundamental que el facultativo vuelque en ella la totalidad de las circunstancias en torno a la salud del enfermo. Se trata de un verdadero documento complejo que debe contener una pormenorizada información de lo sucedido a lo largo de toda la relación médico-paciente desde el inicio de ella. Por tanto, es que se ha afirmado que una confección defectuosa es frecuentemente un elemento probatorio determinante a la hora de evaluar el reproche de la conducta desarrollada por el profesional respecto del paciente (conf Calvo Costa, Carlos A., ob. cit., p. 228). Con relación al informe pericial, cabe recordar que el art. 384 del CCAyT establece que "la fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito/a, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los/las consultores/as técnico/as o los/las letrados/as, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca". En tal sentido, son abundantes los fallos y coincidentes los fundamentos que los sustentan, al precisar que las conclusiones del perito no pueden ser dejadas de lado por el juez sin la previa exposición de las razones fundadas que estime adecuadas para desvirtuarlas. "El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero [...] se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones" (conf. Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 690 y ss.). Es decir que el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia. Correlativamente, la parte que pretenda que se adopte una solución distinta de la propiciada por el experto deberá exponer razones muy fundadas que sustenten su posición ya que no es suficiente la mera discrepancia con el dictamen. IV. Así las cosas, en lo que aquí interesa, de la hoja quirúrgica suscripta por la Dra. Renoulin [v. fs. 368] surge que en el acto de cirugía se "constató glándula tiroidea aumentada de tamaño a expensas del lóbulo izquierdo especialmente, donde se visualiza un nódulo de 3 x 2 cm. aproximadamente (...) hemitiroidectomía según técnica, con preservación del nervio laríngeo recurrente y paratiroides superiores (...) Se palpa a nivel de lóbulo derecho con dos formaciones nodulares superior e inferior, por lo cual se decide completar la tiroidectomía total Se preservan las dos glándulas paratiroides derechas y el nervio recurrente...". De aquél parte parecería derivarse que la médica cirujana, preservó las glándulas paratiroides y los nervios laríngeo y recurrente, empero las restantes pruebas refutan aquél parte suscripto por la galeno. El resultado de la biopsia acredita que glándula paratiroidea del lóbulo tiroideo izquierdo se encontraba adherida. Y si bien no se cuenta con más datos del lóbulo tiroideo derecho -al no haber sido preservado y enviado para su biopsia-, el centellograma efectuado en el año 2009 demuestra la ausencia total de tejido tiroideo y paratiroideo. En idéntico sentido, los estudios posteriores efectuados por la actora demuestran la lesión del nervio laríngeo izquierdo. Así, entiendo que el valor probatorio del parte quirúrgico ha quedado desplazado por la restante prueba producida en autos que demuestran que la mencionada profesional actuó, al menos, con culpa al no verificar que había extraído las glándulas paratiroides y lesionado el nervio laríngeo, conducta que merece ser reprochada en tanto imposibilitó la realización de las técnicas quirúrgicas correctivas de las que da cuenta el médico legista a fs. 521. En tales condiciones, entiendo que los agravios relativos a la ausencia de responsabilidad de la cirujana y, por ende del Gobierno, deben ser rechazados. V. Ahora bien, en cuanto a los montos indemnizatorios fijados por el magistrado de grado, atendiendo a que todas las partes involucradas instaron su revisión corresponde tratar en conjunto los rubros reconocidos. a) Incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicoterapéutico: Las partes han apelado tanto el monto como su procedencia. Con relación al daño psicológico la codemandada Renoulin solicitó su revocación por cuanto el daño no se encontraba acreditado y no constituye un rubro autónomo. Así planteada la cuestión, cabe indicar que la indemnización por incapacidad psicofísica sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes. En cambio, deben repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T° IV-A, p. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux- Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T° III, p. 122; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T° I, p. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, T° II-B, p. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, T° V, p. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana, Curso de Obligaciones, T° I, p. 292, núm. 652; CNCiv., Sala A, "Vega, Santiago Eduardo c/ Liniado, Guillermo Ernesto y otros", 12/12/08, voto del Dr. Ricardo Li Rosi). Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida,

así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala F, L-208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier). Por otro lado, los menoscabos físicos y psíquicos deben considerarse conjuntamente, pues el porcentaje incapacitante padecido por el damnificado repercute unitariamente en su persona, lo cual conduce a fijar una partida indemnizatoria que abarque tanto el aspecto físico como el psíquico (conf. CN. Civ., Sala A, ?Gómez, Gladys Raquel c. Metrovías S.A.C 29/11/2007, voto del Dr. Hugo Molteni). Es conveniente resaltar, que en anteriores pronunciamientos he decidido que el denominado ?daño psíquico" carece de autonomía y que este detrimento puede tener proyecciones -potencialmente- en el daño material o en el daño espiritual (cfr. causas "María, Rodolfo Oscar el G.C.B.A. [Dirección General de Espacios Verdes] s/ daños y perjuicios", EXP 2082/0, del 19/5/05; ?Sciancalepore de Milone, Rosa Isabel c/ G.C.B.A. s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)?, EXP 5219/0, sentencia del 28/6/2007, ambas de Sala II). Por otro lado, la presente unificación de los ítems resarcitorios responde a que los menoscabos físicos y psíquicos deben considerarse conjuntamente, pues el porcentaje incapacitante padecido por el damnificado repercute unitariamente en su persona, lo cual conduce a fijar una partida indemnizatoria que abarque tanto el aspecto físico como el psíquico (conf. CNCiv., Sala A, ?Gómez, Gladys Raquel c. Metrovías S.A.?, sentencia del 29/11/2007, Voto del Dr. Hugo Molteni; v. mi voto en la causa ?Almaraz? ya citada). En cuanto a las secuelas de orden físico padecidos por la actora el perito médico concluyó que la actora alcanza un 59 % de incapacidad total y permanente debido a hipoparatiroidismo, lesión del nervio recurrente, disfonía, disfagia y lesión estética (cfr. fs. 531). Por otra parte, no deben perderse de vista las conclusiones expuestas por la Licenciada Vieyto, quién luego de entrevistar a la actora, diagnosticó que ésta padece un trastorno depresivo de origen reactivo, estimando la incapacidad psicológica en un 10 % solo en lo relativo al hecho de autos, descontando lo proporcional relativo a otros factores. Asimismo expresó que un tratamiento psicoterapéutico le permitiría mejorar la calidad de vida de la paciente y fortalecer sus aspectos libres de conflicto, sugiriendo un esquema de una sesión semanal durante al menos un año [cfr. fs.501/503]. Finalmente y en relación con la argumentación expuesta por el GCBA cabe mencionar que la obligación de reparar no encuentra eximentes en aspectos tales como: si a la fecha de promover el litigio no se ha dado comienzo a una terapia, la prestación pública del servicio o el hecho de contar con medicina prepaga, ni siquiera la reticencia o descreimiento de los damnificados respecto de la conveniencia o no de iniciar un tratamiento psicológico. Ello es así en tanto todas estas y en todo tiempo son elecciones únicamente personales de las víctimas del daño comprobado. En efecto, no corresponde a las reclamadas determinar de qué manera la parte vencedora decide aplicar la reparación que reciba por los daños efectivamente acreditados [cfr. doctr. causa ?González Ricardo c/ GCBA y otros s/ Daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)?, Expte. EXP 5473/0, sentencia del 6/8/2009, Sala II]. En similares términos se ha expedido la Dra. Ana María Conde -con adhesión del Dr. José Osvaldo Casás y parcialmente de la Dra. Alicia Ruíz- en la causa ?B., C. B, s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ?B., C. C. c/ GCBA s/ Daños y perjuicios (excepto resp. Médica)??, Expediente 4245/05, sentencia del 26/4/2006. Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la indemnización establecida en la sentencia con respecto a la cuantificación de la incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicoterapéutico por la suma total de pesos ciento setenta y ocho mil (\$ 178.000).

b) Daño moral: La actora se queja de la suma otorgada por considerarla exigua, mientras que los demandados consideran que no guarda relación con el daño que se le ha causado. Al emitir mi voto en la causa ?Bilik Mariano Fabián c/ GCBA s/ Daños y perjuicios?, EXP 2139/0, sentencia del 29/11/2013, Sala II -entre muchos otros-, sostuve que el daño moral, puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, Tratado de Responsabilidad Civil, t I, pág. 215; Mayo, Jorge, Código Civil Comentado, Concordado y Anotado, dirigido por Belluscio, Augusto y coordinado por Zannoni, Eduardo, t. II. pág. 230; Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, p. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág. 179, núm. 556/7; CNCiv., Sala A, ?Mastandera, Lorenzo Héctor c/ Máxima AFJP S.A.?, 09/12/08, voto del Dr. Ricardo Li Rosi). También se ha sostenido que el daño moral consiste en ?...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho

como, consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...? (Zavala de González, Matilde; Resarcimiento de daños, t. 2.a., págs. 49). Señala la misma autora que "...constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto como consecuencia del suceso, opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal...? (Zavala de González, Matilde; op. cit., págs. 554-5). En ese sentido, ya he dicho que "[e]l daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto..." (cfr. Naccarato, Roberto Aníbal c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos?, EXP 1187/0, sentencia del 2 de julio de 2002; ?A., A. C. c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)?, EXP 18296/0, sentencia del 23 de junio de 2011, ambas de Sala II). En cuanto a la prueba de estos daños, "...operará normalmente por vía de presunciones judiciales u hominis (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que el caso del daño patrimonial..(Pizarro, Ramón D., op. cit., ps. 565). Así, para que el daño moral sea resarcible debe ser cierto y personal; derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado, y, finalmente, debe existir relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En el sub examine, a partir de las lesiones constatadas y los informes médicos producidos a mi juicio, es indudable que la Sra. B. ha sufrido sentimientos de dolor, angustia, desazón que deben ser reparados. Así las cosas, corresponde establecer el monto de la indemnización. Al respecto, cabe señalar que si bien no es fácil mensurar en dinero el daño moral y, en un sentido estricto, ninguna suma será adecuada compensación, es deber de los jueces buscar el equilibrio y fijar con prudencia la respectiva indemnización. El dinero tiene un valor compensatorio que permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido. Pero no puede dejar de considerarse que ese derecho de la víctima no puede traducirse en un beneficio que no guarde relación con la subsistencia del perjuicio o con la reparación de otros daños, es decir, debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que desvirtúe la reparación pretendida. La fijación de dicha reparación, por sus particulares características, depende, en definitiva de un juicio de valor que el sentenciante está facultado a realizar (conf. CSJN, Fallos: 323:1779; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, sentencia dictada en los autos ?Cozzi Jorge Alberto c/ E.N. -Min. De Defensa- Prefectura Naval Arg.?, el 23/05/96; Sala IV, sentencia dictada en la causa ?Miguens, Francisco F. c/ E.N. (M° de Defensa Resol. 1250/95)?, el 14/06/01). Por ello, en atención a las pruebas obrantes en autos, estimo que el monto otorgado por el magistrado de primera instancia resulta ajustado a derecho. c) Gastos de Traslado y medicamentos: Al respecto, cabe recordar que los gastos médicos, de farmacia y de traslado no exigen necesariamente, la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento a que fuera sometido el damnificado. Sin embargo, este criterio amplio necesita del apoyo del informe pericial o de las historias clínicas originadas en los establecimientos hospitalarios intervinientes, además de la propia índole de las lesiones y de su recuperación. Se ha entendido con frecuencia que los gastos médicos y de farmacia constituyen una consecuencia forzosa de un accidente, de modo tal que el criterio de valoración debe ser flexible, no requiriéndose, por ende, prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal. En efecto, los gastos de farmacia no siempre pueden ser suficientemente documentados. En el contexto descripto, la jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuación con la importancia del tratamiento (conf. CNCiv., Sala E, 20/9/85, L.L. 1986-A-469; ídem, Sala F, 13/8/79, L.L. 1979-D-447). La presunción sobre la realidad del desembolso aun en defecto de prueba conlleva a la fijación judicial del monto pertinente, sobre la base de las circunstancias del caso. Así se ha dicho que para la determinación de los gastos farmacéuticos efectuados a consecuencia de un accidente, deben gravitar factores tales como: lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones sufridas, ausencia total de comprobantes, que determinarán el obrar prudente del magistrado en la ponderación del monto a fijarse, haciendo justo y equitativo uso de lo dispuesto por el artículo 165 de la ley ritual -art. 148 del CCAyT- (conf. CNEsp.Civ. y Com., Sala IV, 30/4/82, E.D. 106-117). En otras palabras, la prueba de los gastos médicos y de farmacia no debe exigirse con un criterio riguroso y el juez se halla facultado para fijarlos razonablemente (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 29/6/82, E.D. 106-118, S-142). Sin

embargo, la valoración judicial debe ser severa y prudente cuando se carezca de demostración certera sobre la cuantía de los desembolsos (conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños a las personas, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2003, p. 145). Tal presunción, aplicable a erogaciones de diversa índole, resulta rebatible por la prueba en contrario, cuya producción incumbe a quien alega la improcedencia del reclamo, contrariamente al curso natural y ordinario de las cosas. De todas maneras, ante la ausencia de toda constancia de dichos gastos, la indemnización debe otorgarse con prudencia, evitando que se configuren situaciones de enriquecimiento indebido (mi voto, Sala I, "Martín Hortal, Carlos Alberto c/ G.C.B.A. (Dirección General de Obras Públicas) s/ Daños y perjuicios", 8/03/04, Expte. 3868/0). Por lo expuesto, teniendo en cuenta las lesiones sufridas y la necesidad de tratamientos de por vida, considero prudente -con fundamento en el art. 148 del CCAyT- confirmar la suma fijada en la sentencia de grado. VI. Con relación a la imposición de costas, vale decir que los dichos de la codemandada no conmueven la decisión de grado puesto que si bien es cierto que la indemnización peticionada [v. fs. 54 vta.] resultó superior a la fijada en la sentencia, la actora al efectuar la liquidación dejó a salvo del monto en lo que más o menos surja de la prueba de autos. A efectos de comprobar la pluspetición inexcusable, no basta realizar una simple resta matemática entre el monto obtenido en la sentencia y el inicialmente reclamado, sino evaluar la suerte global obtenida por cada una de las partes entre las que se trabó la litis.

Por lo demás, la pluspetición inexcusable en términos simples implica que se ha pedido enjuicio más de lo que corresponde por derecho y es menester que la contraparte se haya allanado o admitido el reclamo hasta el importe que establece la sentencia (conf. mi voto en la causa "Cimbaluk, Marta c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. 9100/0, sentencia del 22/10/2007, Sala II). En consecuencia, no puede prosperar la solución que postula la codemandada, no sólo porque en el caso no se encuentran reunidos esos presupuestos sino porque además debe descartarse la configuración de pluspetición si, como ocurre en los presentes autos, la valuación del daño a resarcir depende de la necesaria intervención pericial o de estimaciones subjetivas que, en definitiva, quedan libradas al prudente arbitrio judicial (conf. CNCiv., Sala G. "Asociart S.A. Aseguradores de Riesgos del Trabajo c/ Cons. de Propietarios Av. Leandro N. Alem 621 s/ Daños y perjuicios", del 19 de diciembre de 2002). Así dejo expresado mi voto. En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal, por mayoría, RESUELVE: 1) Rechazar los recursos interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia. 2) Distribuir las costas de la presente instancia por su orden, atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 65 CCAyT.). Regístrese. Notifíquese, a la señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente devuélvase.

HUGO R. ZULETA Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario

Ciudad Autónoma de Buenos Aires Gabriela Seijas Esteban CENTANARO Juez de Cámara-Subrogante Sala III

Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Correlaciones:

GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Cejas, José Luis c/GCBA (Hospital Oftalmológico Santa Lucía - Hospital Carlos Durand) s/daños y perjuicios" - Trib. Sup. Just. Bs. As. (Ciudad) - 05/06/2012 - Cita digital IUSJU210358D

022188E